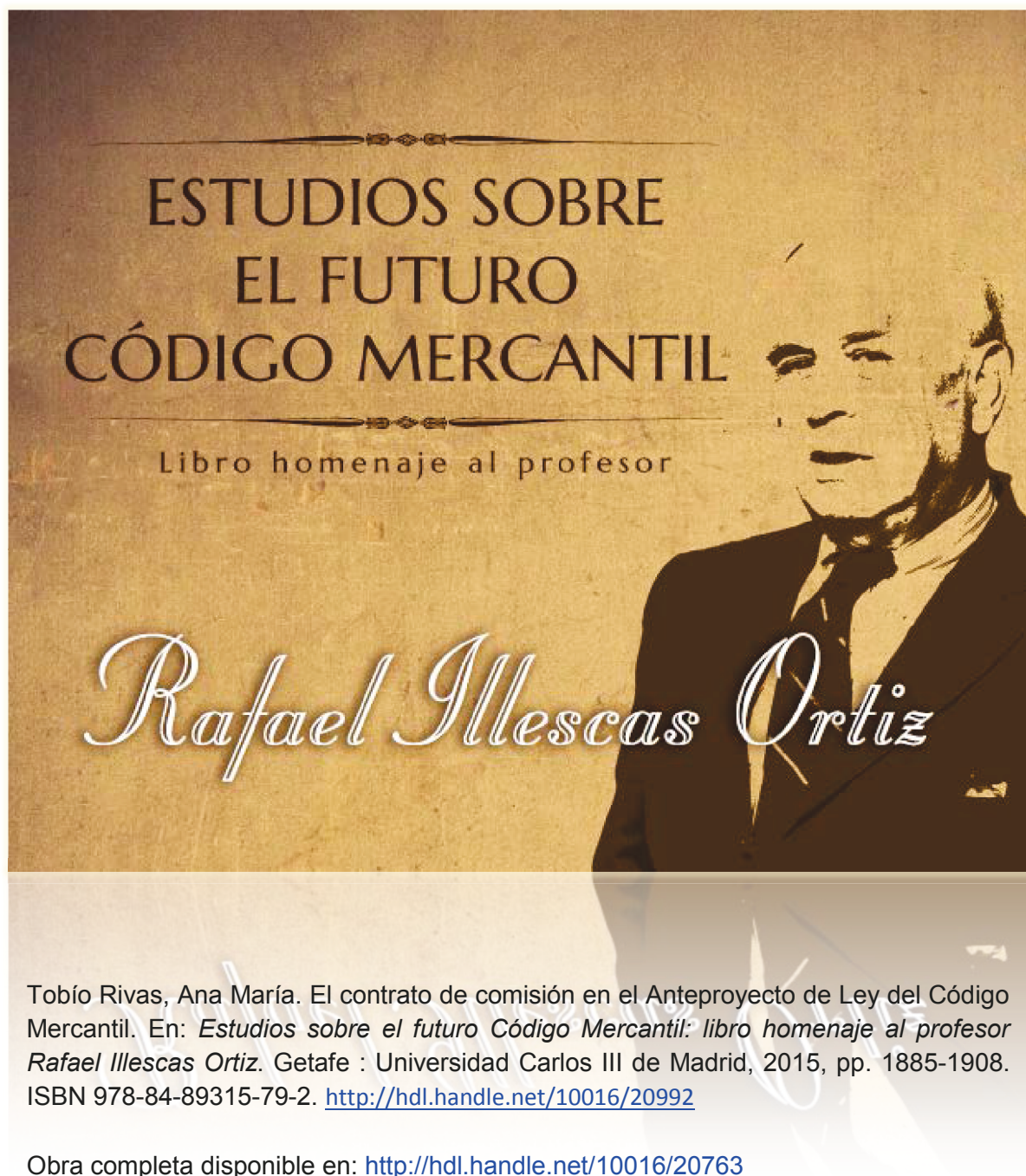




Universidad  
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

# **EL CONTRATO DE COMISIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL\***

ANA MARÍA TOBÍO RIVAS\*\*

## **Resumen**

El trabajo tiene por objeto examinar la regulación del contrato de comisión, que constituye el prototipo de los contratos de colaboración empresarial, en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil y compararla con la que actualmente se prevé en el Código de comercio. Para ello, se abordan los aspectos más importantes de su régimen jurídico, tales como el propio concepto y perfección del contrato, los modos de actuación del comisionista, la posición jurídica de comitente y comisionista, o las causas específicas de su extinción. Se dedica también una particular atención a determinados supuestos especiales de comisión, como la autoentrada del comisionista, las aplicaciones de comisiones, la comisión de garantía, así como la comisión de transporte, que en la regulación proyectada presentan importantes modificaciones. Como resultado de este análisis se pone de relieve la modernización y simplificación del régimen jurídico del contrato de comisión, que mantiene sus líneas esenciales, pero que, al mismo tiempo, incorpora relevantes novedades, algunas de ellas ampliamente demandadas por la doctrina. Asimismo, se introduce una mejor y más depurada técnica jurídica, así como una clarificación de su regulación. No obstante, también se constata la existencia de algunas deficiencias y carencias en su régimen jurídico que deberían ser corregidas.

## **Contenido**

1. Introducción. – 2. Encuadramiento sistemático del contrato de comisión en el ALCM. – 3. Concepto del contrato de comisión y principales características. – 4. Perfección del contrato de comisión. – 5. Modos de actuación del comisionista. – 6. Posición jurídica del comisionista. – 6.1. Desempeño de la comisión. – 6.2. Responsabilidad del comisionista. – 6.3. El derecho de retención del comisionista y eliminación del derecho de preferencia. – 7. Posición jurídica del comitente. – 8. Supuestos especiales de comisión. – 8.1. Autoentrada del comisionista y aplicaciones de comisiones. – 8.1.1. Autoentrada del comisionista. – 8.1.2. Aplicaciones de comisiones. – 8.2. Comisión de garantía. – 8.3 La comisión de transporte: una incógnita. – 9. Extinción del contrato de comisión: causas específicas. – 10. Conclusiones.

---

\* El trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación “La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: competencia, liberalización y responsabilidad” (DER2012-37543-C03-01), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

\*\* Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad de Vigo.

## 1. INTRODUCCIÓN

El contrato de comisión constituye el prototipo de los contratos de colaboración empresarial. Este contrato de larga tradición histórica reviste una gran importancia en el desarrollo de la actividad económica, puesto que permite a los operadores económicos expandir su negocio utilizando la colaboración de otros empresarios, casi siempre especializados en el sector económico de que se trate, que van a desempeñar su cometido gestionando intereses ajenos. Por otra parte, a su alrededor han ido surgiendo, por un lado, distintas clases de comisión –por ejemplo, en el ámbito de los seguros, de los transportes o del mercado de valores- e, igualmente, han ido apareciendo paulatinamente diversos tipos de contratos de colaboración, algunos de gran relevancia en la actualidad –tales como la agencia, mediación, e incluso distribución-.

Este modesto trabajo pretende ser una pequeña contribución al merecido homenaje que se dedica al Prof. Dr. Rafael Illescas Ortiz (o simplemente Rafael, incluso para los que éramos más advenedizos en la carrera universitaria). Precisamente fue el Prof. Rafael Illescas quien, de alguna forma, me introdujo en el mundo de la colaboración empresarial. Él mismo recordará que, cuando estaba decidiendo un tema sobre el cual investigar para realizar el ejercicio de la Cátedra, le planteé mi deseo de hacerlo en el sector del Derecho del transporte y Rafael me aconsejó tratar una figura de la colaboración en el transporte, la del transitario (*freight forwarder*). Precisamente desde entonces, la colaboración empresarial, sobre todo en el ámbito del transporte, ha sido una de las líneas de investigación que he seguido en los últimos años.

Asimismo, con esta humilde contribución deseo mostrar mi admiración, respeto y agradecimiento hacia la persona del Prof. Rafael Illescas. La admiración y el respeto es público y notorio, pues el Prof. Illescas es una autoridad nacional e internacional en el sector del Derecho mercantil. El agradecimiento personal tiene, en este caso, un carácter más privado, que nace desde mi incorporación a la Universidad Carlos III de Madrid, allá por el año 1991, cuando el Prof. Illescas me recibió, literalmente, con los brazos abiertos, mostrándome toda su ayuda y apoyo. En aquellos momentos en que iniciaba su andadura esa Universidad situada en el sur de la comunidad madrileña, procedente Rafael del sur de España –Andalucía- y yo del norte –Galicia-, confluimos en el centro de la península para compartir durante bastante años trabajo, colaboración y amistad. Esa relación académica y, sobre todo, personal, se afianzó y prolongó a lo largo del tiempo hasta la actualidad. Ese trato me permitió apreciar y admirar, no sólo sus conocimientos en la ciencia jurídica y su trayectoria profesional, sino también, lo que es de suma relevancia, su calidad humana y personal. De Rafael he adquirido conocimientos, no sólo de carácter jurídico, sino también vitales, una forma de ser, estar y una actitud positiva ante la vida y el mundo que nos rodea.

Así pues, siguiendo esa línea de investigación sobre la colaboración empresarial, parece oportuno, ante la publicación del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (ALCM), aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014, examinar la regulación allí prevista para el contrato de comisión, el paradigma de los contratos de colaboración, y compararla con la que actualmente se prevé en el Cco (arts. 244 a 280).

Con carácter general se puede señalar que la regulación de contrato de comisión en el ALCM moderniza y simplifica su régimen jurídico respecto de lo que se dispone en el actual Cco, manteniendo sus líneas esenciales, aunque incorporando algunas novedades, que se expondrán a lo largo de este trabajo. Por otra parte, se incluye una sistemática en su regulación, con una división en distintos apartados, inexistente en la actual disciplina del contrato de comisión en el Cco, que propicia una mayor claridad de su régimen jurídico<sup>1</sup>. Además, la proyectada regulación introduce una mejor y más depurada técnica jurídica.

Cabe resaltar que el contrato de comisión se concibe en el ALCM con un carácter general, como un mecanismo jurídico que permite que un empresario –el comisionista- realice cualquier clase de operación o negocio mercantil por cuenta y en interés de otro –el comitente-. Así pues, la regulación del PLCM ya no se centra sobre todo en la comisión de compra o de venta –que había sido el origen de su nacimiento histórico-, si bien en algunas ocasiones, tal y como se comprobará, se aprecian todavía ciertas reminiscencias de ese tipo de comisión.

## 2. ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO DEL CONTRATO DE COMISIÓN EN EL ALCM

La regulación del contrato de comisión en el ALCM figura dentro del Libro quinto, dedicado a los contratos mercantiles en particular, en el Capítulo I del Título IV, que disciplina los contratos de colaboración. En este Título, además del contrato de comisión, también se regulan los contratos de agencia, estimatorio, mediación mercantil y de participación. Así pues, constituye una novedad la inclusión en el ALCM de la categoría jurídica de los contratos de colaboración, que si bien había sido reconocida y utilizada por la doctrina y la jurisprudencia, ahora se convierte en un concepto legal<sup>2</sup>.

La categoría de los contratos de colaboración tiene como elemento común la gestión de negocios e intereses ajenos, aunque se desarrolla de distinta forma según el tipo de contrato de que se trate<sup>3</sup>. La doctrina ha señalado que, aunque no se han establecido disposiciones generales comunes a esta categoría de contratos, su régimen jurídico deberá integrarse con otras normas del ALCM, en particular con lo dispuesto en el Libro IV sobre obligaciones y contratos mercantiles en general<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> La Exposición de Motivos del PLCM (ap. VI-75), indica expresamente que la regulación del Código de comercio se mantiene “aunque con una sistemática nueva más acorde con la técnica legislativa actual ...”.

<sup>2</sup> Así lo pone de relieve GÓMEZ SEGADE, J. A., “Los contratos de colaboración”, en VV. AA., *Hacia un nuevo Código Mercantil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 483-504, p. 483, quien subraya, además, que se trata de una innovación relevante, no sólo en el Derecho positivo español, sino también en el ámbito internacional.

<sup>3</sup> No obstante, la Exposición de Motivos del ALCM (ap. VI-74), de una forma muy ambigua, señala que estos contratos “presentan como característica fundamental tener como causa común servir de cauce a la cooperación entre empresarios que desarrollan actividades complementarias, de modo que unos se sirven de auxilio de los otros para poder realizar de manera más eficiente determinados negocios” (vid. una crítica a esta manifestación en GÓMEZ SEGADE, “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 486).

<sup>4</sup> GÓMEZ SEGADE, “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 486.



Cabe asimismo destacar que, dentro de la regulación de la comisión mercantil en el ALCM, ya no se incluyen a los auxiliares del empresario, a diferencia del actual Cco, que califica como otras formas de mandato mercantil a las relaciones jurídicas entabladas con los factores, dependientes y mancebos (sección 2ª del Título III dedicado a la comisión mercantil), lo cual había sido muy criticado por la doctrina. En el ALCM los auxiliares del empresario (apoderados generales y singulares) se regulan en el Título II del Libro primero, bajo el epígrafe “(D)e la representación del empresario”.

Por tanto, el contrato de comisión constituye, como ya se ha señalado, el típico contrato de colaboración, que se disciplina en los arts. 541-1 a 541-16 del ALCM, y cuya regulación examinaremos a continuación.

### 3. CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMISIÓN Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

El ALCM ha intentado mejorar el concepto de contrato de comisión que ofrece el actual Cco, pero lo cierto es que adolece de cierta confusión que no parece que sea lo más deseable. El art. 541-1 del ALCM establece que “(L)a comisión es el mandato para realizar actividades a las que se refiere el artículo 001-2 de este Código, conferido por una persona, denominada comitente, a otra, denominada comisionista, que se dedica profesionalmente a hacer encargos por cuenta de otros o a realizar actividades que sean de la misma clase que el encargo recibido”.

En primer lugar, la definición recalca, al igual que el actual art. 244 del Cco, que la comisión es un mandato (el “mandato mercantil”) y, por tanto, se trata de un negocio de gestión de intereses ajenos.

En segundo lugar, se prevé que los elementos personales del contrato de comisión son el comitente y el comisionista. El actual Cco indica que el comitente o el comisionista debe ser comerciante o agente mediador de comercio. Esta precisión había sido bastante criticada, puesto que la referencia a “agente mediador de comercio” parecía superflua y, por otra parte, habitualmente el comisionista es un profesional dispuesto a colaborar con otros empresarios<sup>5</sup>. El ALCM ha intentado corregir estas objeciones, estableciendo que el comisionista se debe dedicar a hacer encargos por cuenta de otros o a realizar actividades que sean de la misma clase que el encargo recibido. Cabe observar que el proyectado texto legal amplía incluso la configuración del comisionista, respecto de lo que había considerado la doctrina, puesto que no sólo puede tratarse de un profesional de la colaboración (“dedicarse a hacer encargos por cuenta de otros”), sino que puede tratarse asimismo de un empresario que realiza actividades de la misma clase que el encargo recibido, aunque no se dedique

---

<sup>5</sup> ANGULO RODRÍGUEZ, L., “El contrato de comisión”, en VV. AA., *Derecho mercantil*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., DÍAZ MORENO, A. (coords.), Vol. 5, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 103-120, pp. 107-108; VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Contratos de intermediación”, en VV. AA., *Contratos mercantiles*, DE LA CUESTA RUTE, J. Mª. (dir.), VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.), t. I, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 673-761, p. 676; GARCÍA LUENGO, R., “El contrato de comisión”, en VV. AA., *Contratos mercantiles*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (dir.), t. I, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 608-635, pp. 609-610.

profesionalmente a colaborar con otros empresarios. Respecto de la condición que debe tener el comitente nada dice el art. 541-1 del ALCM, al menos de forma expresa o directa. No obstante, la índole del comitente se puede deducir de la referencia que se hace al ámbito objetivo –si bien con cierta dosis de confusión–, es decir, la actividad objeto de la comisión, al que nos referiremos seguidamente.

En tercer lugar, el art. 541-1 del ALCM trata de delimitar las actividades que pueden ser objeto de la comisión. El actual art. 244 Cco indica que la comisión puede tener por objeto un acto u operación de comercio, por lo que propugna una configuración amplia de dicho contrato, puesto que puede tratarse de cualquier tipo de actividad mercantil. La determinación del ámbito objetivo de la comisión en el ALCM produce, en una primera impresión, una cierta perplejidad porque se remite a las actividades a las que se refiere el art. 001-2 del mismo Código Mercantil que, paradójicamente, trata sobre el “ámbito subjetivo”<sup>6</sup>, dentro de la regulación del ámbito de aplicación de dicho Código. Por ello, se podría pensar que la remisión debería hacerse al art. 001-3, que regula el “ámbito objetivo”<sup>7</sup>. Esto parece que sería lo más coherente<sup>8</sup>. Sin embargo resulta extraño que la remisión al art. 001-2 del ALCM pueda considerarse un error, máxime cuando también la noción del contrato de agencia, que se proporciona en el art. 542-1 del ALCM, realiza igualmente una remisión al mismo precepto. Por ello, si consideramos que la referencia al art. 001-2 del ALCM es

---

<sup>6</sup> El mencionado precepto establece lo que sigue:

“1. A los efectos de este Código son operadores del mercado y quedan sujetos a sus normas:

a) Los empresarios. Se consideran empresarios:

1º. Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales.

2º. Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en el número anterior.

3º. Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto.

b) Las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado.

c) Las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades.

2. Se consideran operadores del mercado las sociedades o entidades no constituidas conforme al Derecho español que ejerzan en España alguna de las actividades expresadas.”

<sup>7</sup> El art. 001-3 del ALCM dispone lo siguiente:

“1. Son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código:

a) Los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo.

b) Los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles.

c) Los actos de competencia en el mercado.

2. Cuando en los actos y contratos referidos en el apartado anterior intervenga un consumidor, la aplicación de las normas de este Código se hará sin perjuicio de la legislación protectora de los consumidores.”

<sup>8</sup> En este sentido GÓMEZ SEGADÉ, “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 489, manifiesta que “(S)alvo que se trate de una errata, no se entiende la referencia al artículo 01-2 del ALCM (que se ocupa del ámbito subjetivo del Código Mercantil) pues la remisión debiera ser al artículo 01-3, en el que se enumeran las actividades que constituyen el ámbito objetivo del Código Mercantil”.

intencional, habrá que intentar descubrir la razón de dicha remisión. En nuestra opinión con esa medida se está intentando delimitar tanto el objeto de la comisión –si bien de una forma indirecta- como la configuración del comitente, que será un operador del mercado, que se concibe por el ALCM de una forma amplia, puesto que no sólo se incluyen en su concepto a los empresarios, sino también a sujetos no empresarios, tales como personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado, igualmente las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en dicho artículo –art. 001-2 del ALCM-, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades.

Así pues, en la definición del contrato de comisión que proporciona el art. 541-1 del ALCM habrá que entender que el comitente será un “operador del mercado” - concebido de la forma que se indica en el art. 001-2 del ALCM-. En cuanto al ámbito objetivo, es decir, las actividades que pueden ser objeto del contrato de comisión, se presupone que serán aquellas que realicen los operadores del mercado y que se reputen como mercantiles. Según el art. 001-3, 1, a) del ALCM, son mercantiles y quedan sujetos a las normas de dicho Código “los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo”.

En todo caso, debemos poner de manifiesto que, debido a esa remisión sin más al art. 001-2 del ALCM, la noción del contrato de comisión es confusa y padece de una falta de la necesaria claridad que hubiera sido deseable para evitar cualquier tipo de especulación o interpretación que puede llevar a un resultado diferente al querido por el legislador.

Por último, el ALCM proclama el carácter mercantil del contrato de comisión que se ajuste a los términos previstos por el art. 541-1, y que sirven para diferenciarlo del contrato civil de mandato<sup>9</sup>. Como indica la E. de M. del ALCM, en este caso el ineludible carácter mercantil del contrato de comisión se debe a la necesaria participación de una empresa o un operador del mercado en la relación contractual y, para que no exista duda, en el artículo correspondiente se dispone de manera explícita que el contrato en cuestión es siempre mercantil<sup>10</sup>.

En el concepto de comisión que proporciona el art. 541-1 del ALCM no se hace ninguna referencia a su duración, a diferencia, por ejemplo, de la noción del contrato de agencia que se ofrece en el art. 542-1 del ALCM (y en el actual art. 1 de la Ley 12/1992 del contrato de agencia), que proclama el carácter duradero y de tracto sucesivo del mismo. Por ello, estimamos que hubiera sido conveniente poner de manifiesto también en su definición el carácter esporádico o de tracto instantáneo que presenta el contrato de comisión, aunque se pueda sobreentender dicha característica.

---

<sup>9</sup> GÓMEZ SEGADE, “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 488, señala que, por lo que se refiere a la mercantilidad de los contratos de colaboración [entre ellos el contrato de comisión], no hay ninguna duda, desde el momento que se tipifican y regulan en el ALCM.

<sup>10</sup> Apartado VI-5 de la E. de M. del ALCM.

#### 4. PERFECCIÓN DEL CONTRATO DE COMISIÓN

La línea apuntada de simplificación del régimen jurídico de la comisión se manifiesta también en la regulación de la perfección del contrato. En el art. 541-2 del ALCM se indica que la comisión se perfecciona por la aceptación del encargo por el comisionista<sup>11</sup>. A continuación se prevé un supuesto de aceptación tácita cuando se establece que la aceptación se presume siempre que el comisionista realice alguna gestión en el desempeño del encargo recibido<sup>12</sup>. El contrato de comisión tiene carácter consensual, en virtud de lo dispuesto por el art. 413-1, ap. 1, del ALCM<sup>13</sup>.

En caso de que el comisionista no acepte el encargo, el art. 541-2, ap. 2, del ALCM dispone que deberá comunicarlo inmediatamente al comitente y, si no lo hiciese, deberá responder de los daños y perjuicios que por ello sobrevengan a este último.

En relación con este supuesto de rechazo del encargo por parte del comisionista cabe realizar dos precisiones. Por una parte, la redacción del precepto del ALCM es similar al actual art. 248 Cco, aunque se eliminó la previsión expresa de que, en ese caso, el comisionista debería prestar la debida diligencia en la custodia y conservación de los efectos que el comitente le hubiese remitido hasta que el comitente designase nuevo comisionista, o hasta que un juez o tribunal se hubiese hecho cargo de los efectos a solicitud del comisionista. La eliminación de esta carga o exigencia supone un beneficio para la posición del comisionista. No obstante, hay tener en cuenta la posible existencia de responsabilidad en la que podría incurrir el comisionista en esa fase contractual derivada de *culpa in contrahendo*.

Por otra parte, la necesidad de que el comisionista comunique inmediatamente al comitente el rechazo del encargo se ha venido considerando como una carga u obligación de carácter legal y no contractual, ya que el contrato no se ha celebrado, que sólo se justificaría cuando el comisionista es un profesional dedicado a la realización de encargos por cuenta ajena<sup>14</sup>. En el ALCM el fundamento de esa carga legal en realidad sólo se cumpliría parcialmente, puesto que, como ya se expuso, el art. 541-1 exige que el comisionista se dedique profesionalmente a hacer encargos por cuenta de otros o bien a realizar actividades que sean de la misma clase que el encargo recibido. En este último caso en realidad el comisionista no sería un “profesional de la comisión”, es decir, no se trataría de un empresario dedicado a realizar con habitualidad encargos por cuenta ajena,

---

<sup>11</sup> El artículo es acorde con el art. 413-1, ap. 2, del propio ALCM, que dispone: “Los contratos mercantiles se perfeccionarán mediante la mera aceptación de una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación”.

<sup>12</sup> Este precepto también es coherente con el art. 413-1, ap. 2, del ALCM, que señala: “Se considerará que existe aceptación de la oferta en el momento en que el destinatario realice algún acto que suponga asentimiento como consecuencia del contenido de la oferta, de las prácticas habituales vigentes entre las partes o de los usos”.

<sup>13</sup> Este artículo prevé que “(S)alvo disposición contraria de la ley, los contratos mercantiles se perfeccionan, modifican y extinguen por el mero consentimiento”.

<sup>14</sup> ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 111; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, p. 679; GARCÍA LUENGO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 615; BUSTO LAGO, J. M., “Contratos de prestación de servicios y realización de obras. Contrato de comisión”, en VV. AA., *Tratado de contratos*, 2ª ed., t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 3518-3544, pp. 3521-3522.



por lo que la especial responsabilidad que se le exige, en caso de que no comunique inmediatamente el rechazo de la comisión, puede ser excesiva en ese supuesto.

## 5. MODOS DE ACTUACIÓN DEL COMISIONISTA

El ALCM sigue estableciendo, al igual que el vigente Cco, dos formas de actuación del comisionista, según que contrate en nombre propio o de su comitente, aunque en cualquiera de los dos casos siempre por cuenta del comitente<sup>15</sup>. Esto último, la necesaria actuación por cuenta del comitente, se destaca de forma expresa en el ALCM, a diferencia de la regulación actual del Cco que guarda silencio al respecto<sup>16</sup>. Consideramos positiva la referencia a la actuación por cuenta ajena, pues, como ya se indicó, es una de las características típicas del contrato de comisión y de otros contratos de colaboración empresarial y de gestión de negocios ajenos<sup>17</sup>.

Así pues, nuestro Ordenamiento jurídico admite la actuación del comisionista utilizando dos tipos de representación, directa e indirecta, con los distintos efectos jurídicos que produce una y otra, y que son regulados en el art. 541-3 del ALCM.

Parece oportuno recordar aquí que otros Ordenamientos jurídicos regulan de distintas formas el mecanismo de la representación. Algunos de ellos, por ejemplo, los sistemas jurídicos anglosajones, no reconocen tal distinción. Pero incluso dentro de los Derechos continentales europeos la regulación difiere. En algunas de estas legislaciones la disciplina del contrato de comisión sólo prevé el mecanismo de la representación indirecta —el comisionista contrata en nombre propio aunque por cuenta del comitente— que, por lo demás, recuerda también el origen histórico del contrato de comisión, que se articulaba en base a ese tipo de actuación<sup>18</sup>.

Como ya se ha indicado, lógicamente, los efectos jurídicos de la actuación del comisionista en nombre propio y en nombre ajeno son diferentes, y a ellos se refiere el art. 541-3, apartados. 2 y 3, del ALCM<sup>19</sup>, de una forma más sencilla y clarificadora que

<sup>15</sup> GÓMEZ SEGADÉ, “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 489, pone de relieve que el art. 541-3, núm. 1º, “autoriza a que a la relación jurídica de comisión se superponga una relación de apoderamiento o representación *ad extra* que confiere efectos jurídicos singulares a la actuación del comisionista”.

<sup>16</sup> El apartado 1 del art. 245 Cco dispone simplemente: “El comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente”.

<sup>17</sup> Así lo subraya GÓMEZ SEGADÉ, “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 486, quien en su opinión “el denominador común de todos los contratos de colaboración es que en todos ellos existe una actividad de gestión de intereses de otro ...”.

<sup>18</sup> Vid. más ampliamente TOBÍO RIVAS, A. Mª., *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*, Comares, Granada, 2007, pp. 215 y ss.; ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, pp. 106-107; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, pp. 3522-3523.

<sup>19</sup> El art. 541-3, apartados 2 y 3 del ALCM dispone lo siguiente:

“2. Si el comisionista actúa en nombre del comitente, deberá manifestarlo al contratar e identificar al comitente. El contrato objeto de la comisión y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y la persona o personas que contrataren con el comisionista, pero quedará éste obligado con las personas con quienes contrató, mientras no pruebe la comisión, si el comitente la negare, sin perjuicio de la obligación y acciones respectivas entre el comitente y el comisionista.

3. Si el comisionista contrata en nombre propio, quedará obligado de un modo directo con las personas con quienes contratare, las cuales podrán dirigirse tanto contra él como contra el comitente, quedando a salvo las acciones que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí.”

el actual Cco. Cabe destacar como una importante novedad que en el supuesto de actuación del comisionista en nombre propio se establece la posibilidad de que el tercero que ha contratado con el comisionista pueda dirigirse tanto contra este último como contra el comitente. Así pues, se reconoce una especie de acción directa del tercero que contrata con el comisionista que actúa en nombre propio frente al comitente, cuando en principio esa actuación a través de la modalidad de representación indirecta debería producir únicamente efectos entre el tercero y el comisionista<sup>20</sup>. Precisamente es esto último lo que establece el actual art. 246 Cco: “Cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, *las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas*, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí”<sup>21</sup>.

Así pues, con la posibilidad de que el tercero con quien ha contratado el comisionista en el supuesto en que éste haya actuado en nombre propio, bajo el mecanismo de la representación indirecta, pueda dirigirse contra el comitente -e incluso habría que entenderlo en sentido inverso, es decir, posibilidad de dirigirse el comitente contra el tercero, aunque el precepto no lo indique-, se está reconociendo de alguna forma el interés directo que tiene este último en el negocio de ejecución de la comisión<sup>22</sup>, que se justifica en la gestión de negocios ajenos efectuada por el comisionista a través del contrato de comisión, como una modalidad de contrato de colaboración empresarial. Sin duda este es un aspecto relevante de la regulación del contrato de comisión en el ALCM que revestirá especial importancia, sobre todo cuando el encargo conferido se refiere a la celebración de determinados tipos de contrato, como por ejemplo el de transporte<sup>23</sup>.

Por último, en relación con la actuación del comisionista, el ap. 4 del art. 541-3 del ALCM otorga una facultad al tercero que contrata con este último, al establecer expresamente que “(l)a persona que contrate con el comisionista podrá instarle a que declare si actúa por cuenta de un comitente y el nombre de éste”.

## 6. POSICIÓN JURÍDICA DEL COMISIONISTA

En el ALCM la regulación de la posición jurídica del comisionista se ha simplificado respecto de lo que se prevé en el vigente Cco. Así, algunos aspectos que actualmente se disciplinan con detalle y minuciosidad han desaparecido en la regulación proyectada,

---

<sup>20</sup> Vid. sobre la eficacia directa de la representación indirecta que, no obstante, con el actual Cco se reconoce en algunos casos, VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, pp. 677-678; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, p. 3523.

<sup>21</sup> Cursiva nuestra.

<sup>22</sup> Obsérvese que el art. 246 Cco establece que cuando el comisionista contrata en nombre propio quedará obligado *como si el negocio fuese suyo* (cursiva propia). Sin embargo el ALCM suprime ese inciso y deja constancia con la citada regulación que el negocio de ejecución de la comisión a quien realmente afecta o interesa es al comitente que lo encarga utilizando la colaboración del comisionista.

<sup>23</sup> Vid. *infra* ap. 8.3.

por lo que habrá que tener en cuenta las disposiciones del contrato de carácter más general. Entre los aspectos a los que ya no se hace expresa mención cabe citar los distintos supuestos de suspensión de la ejecución de la comisión o determinadas reglas relativas a la forma de ejecutar el encargo.

### 6.1. Desempeño de la comisión

La forma de desempeñar la comisión se regula en el art. 541-4 del ALCM. En primer lugar, se destaca que la obligación de desempeñar la comisión surge con la aceptación del encargo, aunque hay que tener en cuenta, como ya se indicó, la posible aceptación tácita de la comisión y la eventual responsabilidad en la que podría incurrir el comisionista por no comunicar su rechazo<sup>24</sup>. No obstante, si el desempeño de la comisión exigiese provisión de fondos, a pesar de la aceptación, el comisionista no estará obligado a ejecutarla hasta que el comitente no ponga a su disposición la suma necesaria. El ALCM ya no se refiere expresamente a determinados supuestos relativos a la provisión de fondos, que podrían originar la válida suspensión de la comisión por parte del comisionista.

Para ejecutar la comisión el comisionista deberá tener en cuenta si el comitente ha dado algún tipo de instrucción. Si las ha impartido, el comisionista tendrá que atenerse a ellas y en ningún caso podrá proceder en contra de una disposición expresa del comitente. También se prevé que en todo lo no previsto por el comitente el comisionista deberá consultarle siempre que fuese posible.

Cuando el comitente no ha dado instrucciones precisas se entiende que el comisionista está autorizado para actuar según su criterio. En este supuesto, y también cuando la consulta al comitente no fuese posible, el ALCM establece que el comisionista “hará lo que le dicte la prudencia y sea más conforme a los usos aplicables y a las exigencias de la buena fe, cuidando el negocio como propio”<sup>25</sup>. En definitiva, tendrá que actuar de forma profesional, con la diligencia de un buen comerciante.

Esa misma diligencia con la que debe actuar el comisionista dará lugar a que, a su juicio, cuando circunstancias no previstas por el comitente hiciesen la ejecución de la comisión arriesgada o perjudicial para sus intereses, deberá suspender su desempeño y comunicar al comitente lo más rápidamente posible toda la información que estime relevante con la finalidad de que este último imparta nuevas instrucciones<sup>26</sup>.

Además, en el desempeño de su encargo, el comisionista estará obligado a comunicar frecuentemente al comitente “las noticias que interesen al buen éxito de la negociación”<sup>27</sup>. Es decir, deberá mantener al comitente adecuadamente informado sobre todas las circunstancias que puedan repercutir en la correcta ejecución de la comisión o encargo.

Entre las obligaciones del comisionista se sigue regulando en el PLCM la de rendición de cuentas, pero con un carácter más amplio que en el actual art. 263 del Cco.

---

<sup>24</sup> Vid. supra. ap. 4.

<sup>25</sup> Art. 541-4, ap. 4 del ALCM.

<sup>26</sup> Art. 541-4, ap. 3 del ALCM.

<sup>27</sup> Art. 541-4, ap. 5 del ALCM.

En efecto, el art. 541-6 del PLCM establece la obligación de rendir cuenta de la comisión en general y especialmente de los bienes recibidos o adquiridos, así como de las cantidades percibidas a consecuencia del encargo, que deberá entregar al comitente en el plazo y forma que éste establezca. A diferencia del ALCM el art. 263 del Cco sólo alude de forma expresa a la rendición de cuentas de las sumas recibidas a consecuencia de la comisión, pero no se refiere a los bienes que pueda recibir o adquirir en virtud del encargo conferido, si bien se había venido interpretando que la obligación de rendir cuentas también abarcaba a esos bienes. Asimismo, este precepto del Cco prevé que, en caso de morosidad en la devolución de esas cantidades, el comisionista deberá abonar el interés legal. El PLCM no establece en este caso el interés que se aplicará en caso de morosidad y, en general, no suele regular esta cuestión en el contrato de comisión<sup>28</sup>, se supone que con la finalidad de se aplique lo dispuesto en el propio contrato o las normas generales que sobre morosidad disciplina el propio PLCM.

Por tener la consideración de contrato de confianza (*intuitu personae*), el art. 541-5 del PLCM establece que el comisionista deberá cumplir la comisión por sí mismo y no podrá delegarla en otra persona, salvo autorización del comitente. En este último caso es importante tener en cuenta en quién ha recaído la elección del sustituto, puesto que si esta elección la ha realizado el comisionista responderá éste de su actuación, pero cesará esta responsabilidad en el supuesto de que la elección la hubiese efectuado el comitente.

Si el comisionista delegase la ejecución de la comisión en otra persona sin autorización del comitente, dispone el apartado 1 del art. 541-5 del PLCM que el comisionista responderá directamente de las gestiones del sustituto y de las obligaciones contraídas por éste, salvo que el comitente las aceptara como propias. Esto último constituiría un supuesto de convalidación de la delegación y la comisión realizada por el sustituto.

La prohibición de sustitución salvo autorización del comitente no impide que el comisionista pueda utilizar auxiliares para desempeñar la comisión<sup>29</sup>.

La regulación de la delegación en el contrato de comisión prevista en el PLCM es muy similar a la que se establece en los actuales arts. 261 y 262 del Cco. No obstante, se ha criticado que la normativa mercantil establezca la regla general de la prohibición de la delegación o sustitución, frente al Cc que la admite en el art. 1.721 en sede del contrato de mandato, salvo prohibición del mandante.

El PLCM no regula el supuesto de subcomisión, lo que hubiera sido deseable. A pesar de las dudas que pudiesen surgir sobre su validez, debido a lo dispuesto tanto por el art. 541-5 del PLCM como por el actual art. 261 del Cco, la Jurisprudencia la ha admitido, estableciendo que el comitente sólo tendrá acción contra el comisionista-

---

<sup>28</sup> No obstante se prevén algunas excepciones, como en el supuesto de la obligación del comitente de reembolsar al comisionista los gastos y desembolsos efectuados, que deberá hacerlo, según el art. 541-13, ap. 1, del PLCM, con el interés legal desde el día en que los hubiese efectuado hasta su total reintegro.

<sup>29</sup> Art. 541-5, ap. 3, del PLCM.



subcomitente. Por otra parte, en este supuesto, este último deberá responder en todo caso ante el comitente por la actuación del subcomisionista<sup>30</sup>.

## 6.2. Responsabilidad del comisionista

El comisionista deberá responder por determinados bienes que estén a su disposición en virtud de la comisión. En primer lugar, se le impone una responsabilidad por la conservación de los bienes o mercancías que tenga en su poder a consecuencia de la comisión, por ejemplo, por haberlos entregado el comitente para realizar la comisión o haberlos recibido de un tercero. Sin embargo queda exento de responsabilidad cuando la destrucción o menoscabo se deba a caso fortuito, fuerza mayor, transcurso de tiempo o vicio propio de la cosa, siempre que no haya sido posible realizar la venta de los bienes de acuerdo con lo dispuesto en el propio Código<sup>31</sup>. También tendrá que responder el comisionista por el dinero que se encuentre en su poder por razón de la comisión<sup>32</sup>. Asimismo, deberá custodiar los documentos y facturas que se correspondan con la operación objeto de la comisión<sup>33</sup>.

Por otra parte, el comisionista tendrá que responder por todos los daños y perjuicios que haya podido ocasionar al comitente cuando sin una causa legal no cumpla la comisión aceptada o que haya comenzado a ejecutar<sup>34</sup>. Sin embargo, establece el ALCM que si desempeña la ejecución siguiendo las instrucciones del comitente y respetando las disposiciones legales quedará exento de responsabilidad frente a este último. Puesto que el ALCM no lo aclara, habrá que entender que dentro del término disposiciones legales quedan comprendidas todas aquellas normas que tenga que respetar el comisionista a consecuencia del desarrollo profesional de su actividad<sup>35</sup>.

## 6.3. El derecho de retención del comisionista y eliminación del derecho de preferencia

Al igual que la actual regulación de la comisión en el Cco, el ALCM reconoce al comisionista unos privilegios o garantías para poder hacer efectivos los créditos que tiene frente al comitente a consecuencia del desempeño de la comisión. Estos créditos son: el pago de la comisión o retribución, los gastos reembolsables y los anticipos que haya podido efectuar. El art. 541-11 del ALCM prevé como privilegio o garantía del comisionista un derecho de retención sobre los efectos recibidos a consecuencia de la comisión. Para poder ejercitar este derecho será necesario que los efectos se encuentren

---

<sup>30</sup> GARCÍA LUENGO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 614; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, p. 3537; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, p. 678.

<sup>31</sup> Art. 541-7, ap. 1 del PLCM.

<sup>32</sup> Art. 541-7, ap. 2 del PLCM.

<sup>33</sup> Art. 541-7, ap. 3 del PLCM.

<sup>34</sup> Art. 541-7, ap. 5 del PLCM.

<sup>35</sup> El actual art. 259 del Cco parece más preciso al disponer lo siguiente: “El comisionista deberá observar lo establecido en la Leyes y Reglamentos respecto a la negociación que se le hubiere confiado, y será responsable de los resultados de su contravención u omisión. Si hubiera procedido en virtud de órdenes expresas del comitente, las responsabilidades a que haya lugar pesarán sobre ambos”.

en poder del comisionista o se hallen a su disposición por estar en posesión de un depositario o porteador.

Como se puede comprobar, el ALCM, por una parte, clarifica y simplifica el régimen de los privilegios del comisionista y, por otra, reduce también la clase y número de ellos. En efecto, el actual art. 276 del Cco reconoce a favor del comisionista un derecho de retención sobre los efectos que tenga en su poder por razón de la comisión, e igualmente un derecho de preferencia en las ejecuciones singulares, según el cual con el producto de la venta de dichos efectos se deberá pagar al comisionista con preferencia a los demás acreedores del comitente, salvo lo dispuesto en el ya derogado art. 375 del Cco, que declaraba todavía más preferente que el comisionista al porteador de dichos efectos o mercancías. El ALCM deja subsistente el derecho de retención pero no regula el derecho de preferencia, por lo que habrá que considerarlo excluido o eliminado.

## 7. POSICIÓN JURÍDICA DEL COMITENTE

En relación con la posición jurídica del comitente, el ALCM sólo regula de manera principal tres obligaciones: el pago de la comisión, el abono de gastos y desembolsos efectuado por el comisionista, y la indemnización por daños y perjuicios

El art. 541-12 del ALCM establece la obligación del comitente de abonar al comisionista el precio de la comisión. El ALCM concibe el contrato de comisión como un contrato oneroso en todo caso. Esto supone una importante novedad respecto de la actual regulación del Cco que prevé la posibilidad de que se pacte la gratuidad del contrato, aunque en la práctica no sea frecuente<sup>36</sup>. Por otra parte, el ALCM también se aparta de lo que disponía la *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, publicada en el año 2013<sup>37</sup>, que admitía la posibilidad de pacto estableciendo el carácter gratuito del contrato de comisión<sup>38</sup>.

Los aspectos más importantes relativos a esta obligación de pago de la comisión, tales como la forma, cuantía, y momento, se remiten a lo que se establezca en el correspondiente contrato. En defecto de pacto expreso sobre estos extremos, el art. 541-12 del ALCM señala que se estará a los usos y prácticas mercantiles del lugar donde se cumpliera la comisión.

Consideramos que la regulación de la obligación de pago de la retribución o comisión es insuficiente e incompleta. Así, por ejemplo, estimamos que debería haberse regulado el momento del devengo de la comisión, como norma supletoria en caso de que las partes no estableciesen nada al respecto. En concreto, hubiese sido conveniente haber determinado, por ejemplo, si la comisión se devenga con la simple perfección del

<sup>36</sup> El actual art. 277, 1 del Cco dispone: “El comitente estará obligado a abonar al comisionista el premio de la comisión, salvo pacto en contrario”.

<sup>37</sup> *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2013.

<sup>38</sup> El art. 541-12 de dicha Propuesta preveía: “Salvo pacto en contrario, el comitente está obligado a abonar al comisionista el precio de la comisión ...”.

contrato o negocio objeto de la comisión o si sería necesaria, además, la ejecución –total o parcial- de dicho contrato. Precisamente es esta una cuestión sobre la que no hay criterio uniforme ni en la Jurisprudencia ni en la doctrina<sup>39</sup>, llegando incluso a propugnar la aplicación analógica de lo dispuesto en el R. D. 1438/1985, de 1 de agosto, que regula la relación de trabajo de carácter especial de quienes intervienen en las operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas (viajantes o representantes de comercio), que no nos parece lo más adecuado, por cuanto se trata de dos tipos de contratos de naturaleza distinta. Sobre esta cuestión del devengo de la comisión se debió haber adoptado una regulación más precisa, por ejemplo, similar a la prevista para el contrato de agencia por la actual Ley 12/1992 del contrato de agencia en el art. 14, que se reproduce en el art. 542-14 del ALCM<sup>40</sup>.

El ALCM prevé también en el art. 541-13, ap. 1, la obligación del comitente de proveer al comisionista de los fondos necesarios para el desempeño de la comisión. En el supuesto de que el comisionista los haya tenido que anticipar, el comitente deberá reembolsarlos al contado, mediante cuenta justificada y con el interés legal desde el día en los hubiere hecho hasta su total reintegro<sup>41</sup>. Habrá que entender, por tanto, que todo gasto<sup>42</sup> que haya tenido que efectuar el comisionista para la correcta ejecución de la comisión correrá por cuenta del comitente, aunque creemos que sería posible pacto en contrario. En relación con esta cuestión se advierte un distinto tratamiento respecto del contrato de agencia, en el que, según el art. 18 de la Ley 12/1992 del contrato de agencia, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional, salvo pacto en contrario. Por su parte, el art. 542-18 del ALCM, aunque dispone lo mismo para el agente, sin embargo no reconoce la posibilidad de pacto en contrario, por lo que, una vez aprobado dicho texto legal, y teniendo en cuenta el carácter imperativo de la normas que rigen el contrato de agencia<sup>43</sup>, existirá la duda de si esa supresión se deberá interpretar como una imposibilidad de pactar la asunción de gastos por parte del agente, algo que no nos parece razonable.

Por último, el art. 541-13, ap. 2, del ALCM prevé –a similitud del art. 1.729 Cc en el seno de la regulación del contrato de mandato- una obligación de carácter general

<sup>39</sup> ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 114; GARCÍA LUENGO, “El contrato ...”, *op. cit.*, pp. 620; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, p. 683; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, pp. 3525-3526.

<sup>40</sup> Estos preceptos disponen lo siguiente: “La comisión se devengará en el momento en que el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio o éstos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el tercero”.

<sup>41</sup> Cabe observar que el ALCM establece el tipo de interés a aplicar en caso de reembolso por el comitente de los desembolsos y gastos efectuados por el comisionista, que es el interés legal, lo que podría contravenir la regulación del ALCM sobre el tema de la morosidad.

<sup>42</sup> Resulta extraño que el art. 541-13 lleve por título “Abono de gastos y desembolsos efectuados por el comisionista, e indemnización de daños y perjuicios”, pero en la redacción de su contenido no se alude a los gastos y sólo se menciona el reembolso de fondos anticipados, por lo que se deberá interpretar que estos últimos comprenden también cualquier tipo de gasto efectuado por el comisionista y que sea necesario para el adecuado desempeño de la comisión.

<sup>43</sup> Vid. art. 542-3, ap. 1, del ALCM que declara que las normas relativas al contrato de agencia, previstas en el Capítulo II del Título IV, dentro del Libro quinto de dicho cuerpo legal, tienen carácter imperativo a no ser que en ellas se disponga expresamente otra cosa.

que corresponde al comitente, y que es la de indemnizar al comisionista por todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento de la comisión sin que hubiera existido culpa por parte de este último<sup>44</sup>. Esa obligación de indemnizar se correspondería con la obligación del comitente de aceptar todas las consecuencias de la comisión, dejando a salvo su derecho de repetir contra el comisionista por las faltas y omisiones que hubiese cometido al cumplirla, a la que se refiere el actual art. 253 del Cco. No obstante, creemos que esa obligación genérica del comitente de indemnizar, aunque no se hubiese previsto expresamente, se derivaría de las normas generales que rigen las obligaciones y los contratos.

## 8. SUPUESTOS ESPECIALES DE COMISIÓN

En el contrato de comisión pueden darse distintos supuestos que requerirán un especial tratamiento y regulación. Nos referiremos a continuación a tres de ellos que revisten cierta relevancia y en relación con los cuales, en algunos casos, el ALCM introduce importantes novedades.

### 8.1. Autoentrada del comisionista y aplicaciones de comisiones

#### 8.1.1. Autoentrada del comisionista

El ALCM prevé una regulación de la autoentrada del comisionista, que carece de una adecuada disciplina en los preceptos dedicados al contrato de comisión en el vigente Cco<sup>45</sup>, estableciendo este último como principio general su prohibición. Esa regulación había sido muy demandada por la doctrina como una necesidad práctica<sup>46</sup>. Como ya es conocido, el supuesto de autoentrada se ha estimado que, en principio, podría conllevar un conflicto de intereses, ante la posibilidad de que el comisionista primase su propio interés frente al de su comitente. No obstante esos riesgos, lo cierto es que, en general, la doctrina ha considerado que se debería admitir, aunque sometiéndola a determinadas condiciones y requisitos<sup>47</sup>. Esto es lo que ha hecho el ALCM, que en su Exposición de Motivos señala expresamente que, como novedades destacadas en la disciplina del contrato de comisión, se regula la autoentrada del comisionista<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. A., “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 489, apunta que, para clarificar el texto del art. 541-13, ap. 2, y evitar equívocos, debiera decirse “sin culpa del mismo comisionista”.

<sup>45</sup> Únicamente el art. 267 Cco hace una somera referencia a la prohibición de autoentrada del comisionista cuando se trata de una comisión de compra o venta, salvo autorización del comitente.

<sup>46</sup> Vid. últimamente GÓMEZ SEGADÉ, J. A., “Los contratos ...”, *op. cit.*, pp. 489-490.

<sup>47</sup> ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 117; GARCÍA LUENGO, “El contrato ...”, *op. cit.*, pp. 627-628; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, pp. 685-686; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, pp. 3535-3537.

<sup>48</sup> Apartado VI-76 de la Exposición de Motivos.



El art. 541-8, ap. 1, del ALCM dispone que el comisionista podrá intervenir como contraparte en la ejecución del encargo recibido en tres casos determinados<sup>49</sup>. En primer lugar, si la comisión se ejecuta en el marco de un mercado oficial o reglamentado<sup>50</sup>. En este caso parece claro que el poder de maniobra del comisionista estará muy limitado y, por ende, serían muy reducidas o incluso nulas las posibilidades de hacer primar sus propios intereses en perjuicio de comitente. En segundo lugar, también se admite la autoentrada si el comisionista tuviese instrucciones precisas y concretas del comitente para realizar el encargo. Por razón similar a la anterior, en este supuesto los riesgos de un eventual perjuicio para el comitente también serían muy reducidos, al tener que atenerse el comisionista a esas concretas instrucciones recibidas. Por último, en base al principio de autonomía de la voluntad, la autoentrada del comisionista sería también admisible cuando, simplemente, hubiese sido expresamente autorizada por el comitente, incluso aunque no hubiese impartido instrucciones precisas sobre la ejecución del encargo.

No obstante, aunque no se diese alguno de los supuestos mencionados, cabría la validez de la autoentrada si el comitente ratificase posteriormente la operación realizada a través de dicho mecanismo<sup>51</sup>. Sin embargo el ALCM no incluye el supuesto de convalidación, previsto por el art. 1.715 del Cc en la regulación del contrato de mandato. Eso sí, cuando ninguna de esas circunstancias concurren, el negocio de ejecución de la comisión efectuado por medio de autocontratación no será válido<sup>52</sup>. El ALCM señala expresamente en el Art. 541-8, apartado 2, los efectos que conllevaría la nulidad del negocio. El comitente podrá repetir la retribución pactada, si se hubiese pagado, y reclamar los daños y perjuicios que se le hubieran podido causar.

Lo que resulta extraño y hasta cierto punto criticable es que en la regulación de la autoentrada no se haga ninguna referencia al derecho que tiene el comisionista, en ese caso, a cobrar la retribución por la ejecución de la comisión, cuando ese derecho sí se reconoce expresamente en el supuesto de aplicaciones de comisiones que se regula en el art. 541-9 del ALCM<sup>53</sup>. Está claro que, cuando la autoentrada es válida, se debe considerar cumplido el encargo conferido, ya que el contrato de comisión continúa subsistente y no ha sido sustituido por otro negocio. Por ello, tal y como ha manifestado la doctrina, el comisionista tendrá derecho a cobrar la correspondiente retribución<sup>54</sup>.

Por último, cabe destacar que el ALCM admite la autoentrada del comisionista con carácter general en la ejecución de cualquier tipo de operación mercantil objeto de

---

<sup>49</sup> GÓMEZ SEGADE, J. A., “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 490, destaca que, aunque el art. 541-8, ap. 1 del ALCM mantiene la prohibición de autoentrada, “prácticamente la vacía de contenido porque introduce varias y amplias excepciones ...”.

<sup>50</sup> Por ejemplo, así ya se permitía en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

<sup>51</sup> Art. 541-8, ap. 2, del ALCM. El precepto recoge lo que se dispone en el art. 1.727, 2 del Cc, en sede del contrato de mandato.

<sup>52</sup> Art. 541-8, ap. 2, del ALCM.

<sup>53</sup> Vid. *infra* ap. 8.1.2.

<sup>54</sup> ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 117; GARCÍA LUENGO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 628; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, pp. 686-687; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, p. 3537.

la comisión, y no sólo cuando se trata de una comisión de venta o de compra, como se puede entrever en la actual regulación del Cco, lo que estimamos altamente positivo.

### 8.1.2. Aplicaciones de comisiones

Un supuesto similar al de la autocontratación, pero no igual, es el de aplicaciones de comisiones cruzadas, es decir, la posibilidad de que el comisionista aplique o “case” los mandatos recibidos de respectivos comitentes. Asimismo, en este supuesto se considera necesario adoptar cautelas, puesto que el comisionista puede tender a primar los intereses de un comitente frente a otro, cuando el correcto ejercicio de su actividad le obliga a defender los intereses de todos los comitentes para los que presta su colaboración.

También en relación con las aplicaciones de comisiones cruzadas el ALCM cambia de perspectiva respecto de la actual regulación de la comisión en el Cco. En efecto, el vigente art. 267 del Cco parte del principio de prohibición de aplicaciones de compra y venta cruzadas, salvo autorización del comitente<sup>55</sup>. Por el contrario, el art. 541-9 del PLCM adopta, como regla general, la admisión de las aplicaciones de mandatos de distintos comitentes, salvo prohibición expresa del comitente<sup>56</sup>. Sin embargo esta admisión tiene carácter parcial, puesto que se limita únicamente a la posibilidad de aplicar mandatos de compra y venta cruzadas, circunscribiendo el supuesto de aplicación de comisiones a aquellos casos en que el objeto de la comisión, es decir, el negocio de ejecución, es una operación de compra y venta<sup>57</sup>. El contenido del precepto contrasta en cierto modo con la declaración que se realiza en la E. de M. del ALCM, que se refiere con carácter general a la admisión de que el comisionista pueda realizar aplicaciones de los mandatos recibidos de distintos comitentes, sin reducirlas a las comisiones de compra y de venta<sup>58</sup>.

Esta limitación, que quizás procede de un mimetismo de lo dispuesto por el art. 267 del Cco, resulta altamente criticable. En efecto, consideramos que se debería establecer con carácter general la posibilidad de aplicar mandatos de distintos comitentes cualquiera que fuera el negocio u operación objeto de la comisión. Concretamente, un caso claro de esta posible aplicación de comisiones, no referido a la comisión de compra y venta, sería el supuesto en que el objeto de la comisión es la celebración de un contrato de transporte, en el que el comisionista recibe sendos encargos por parte del cargador y del porteador.

Por otro lado, entre los efectos que conlleva la aplicación de comisiones cruzadas, el art. 541-9 del PLCM deja claro que, en este caso, el comisionista mantiene

---

<sup>55</sup> El precepto señala expresamente: “Ningún comisionista comprará para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente”.

<sup>56</sup> Precisamente la E. de M. del PLCM (ap. VI-76) destaca como una novedad en la regulación del contrato de comisión la admisión de que el comisionista, salvo prohibición expresa del comitente, pueda realizar aplicaciones de los mandatos recibidos de distintos comitentes.

<sup>57</sup> El art. 541-9 dispone: “Salvo prohibición expresa del comitente, el comisionista podrá realizar aplicaciones de los mandatos de compra y venta cruzadas que hubiese recibidos [*sic*] de distintos comitentes. En este caso, el comisionista mantiene el derecho a recibir la comisión acordada por cada uno de los encargos”.

<sup>58</sup> Ap. VI-76 de la E. de M del ALCM. Vid. *supra* nota 56.

el derecho a recibir la comisión acordada por cada uno de los encargos. Así pues, como ya había mantenido la doctrina, la aplicación de comisiones cruzadas supone una forma especial de ejecutar los mandatos recibidos por el comisionista, pero los contratos de comisión se mantienen, por lo que éste tendrá derecho a cobrar la correspondiente retribución de cada uno de los comitentes<sup>59</sup>.

## 8.2. Comisión de garantía

Como regla general, el comisionista no tiene que responder por la correcta ejecución del negocio objeto de la comisión que ha celebrado con un tercero, aunque sí tendrá que responder, evidentemente, por su propia actuación en el desempeño de su cometido, tal como ya se ha visto. Sin embargo, la responsabilidad que puede asumir el comisionista por el buen fin de la operación encomendada supone un beneficio para el comitente, puesto que contará también con la garantía que le presta el comisionista. Este supuesto constituye la denominada comisión de garantía (*star del credere*).

El art. 541-10 del ALCM, bajo el título de “pacto de garantía”, reconoce este tipo de comisión al prescribir que “(E)l comisionista responderá del buen fin de las operaciones que se le hubieren encomendado, si así se hubiere pactado expresamente o resultare de los usos de comercio”. Vemos, por tanto, que el ALCM prevé que dicha comisión puede tener su causa, o bien en un pacto expreso incluido en el propio contrato de comisión, o bien en los usos mercantiles, aunque no se haya pactado en el contrato<sup>60</sup>. Pero, además, el precepto debiera haber indicado también que la comisión de garantía puede establecerse por la propia Ley. Por otra parte comprobamos que el ALCM no exige que la comisión de garantía conlleve necesariamente una comisión suplementaria o “sobreprima”, que se deja a lo que pacten las partes en el contrato, aunque en la práctica sea lo más habitual.

El ALCM mejora la regulación de este tipo de comisión que figura en el actual art. 272 del Cco<sup>61</sup>, el cual, entre otros aspectos, la reconoce únicamente en relación con la comisión de venta y no con carácter general y, asimismo, hace depender su existencia del hecho de recibir el comisionista, además de la comisión ordinaria, otra llamada de garantía. Con ello no se declara abiertamente la simple posibilidad de pactarla en el contrato –aunque no se acordase una comisión suplementaria–, si bien tal pacto se admite en la práctica e, incluso, se estima que la comisión de garantía se derivaría de un uso de comercio, el hecho de que el comisionista reciba una retribución mayor que la habitual para desempeñar un determinado encargo<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Para referencias doctrinales vid supra ap. 8.1.1.

<sup>60</sup> Señala GÓMEZ SEGADÉ, J. A., “Los contratos ...”, *op. cit.*, p. 491, que, por lo tanto, según lo que prevé el art. 541-10 PLCM, “nunca podrá deducirse la existencia de una comisión de garantía de circunstancias concretas de un caso o de hechos concluyentes”.

<sup>61</sup> El precepto señala lo siguiente: “Si el comisionista percibiére sobre una venta, además de la comisión ordinaria, otra, llamada de garantía, correrán de su cuenta los riesgos de la cobranza, quedando obligado a satisfacer al comitente el producto de la venta en los mismos plazos pactados por el comprador”.

<sup>62</sup> Sobre la comisión de garantía vid. por todos PEINADO GRACIA, J. I., *El contrato de comisión: cooperación y conflicto. La comisión de garantía*, Civitas, Madrid, 1996. Vid asimismo, por ejemplo: GARCÍA LUENGO, “El contrato ...”, *op. cit.*, pp. 623-627; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos

Sin embargo estimamos que la regulación de la comisión de garantía prevista en el art. 541-10 del PLCM es demasiado escueta e insuficiente y debería haber aclarado determinados aspectos de este tipo de comisión. Entre ellos, por ejemplo, el tipo de responsabilidad que asume el comisionista en relación con el tercero con quien ha contratado el negocio de ejecución de la comisión y que lo ha incumplido; o el tipo de retribución a percibir por el comisionista. Es cierto que en el contrato de comisión se pueden establecer con detalle estas y otras cuestiones, pero consideramos conveniente una mínima regulación sobre determinados aspectos para el supuesto de que nada se prevea en el contrato.

### 8.3. La comisión de transporte: una incógnita

El ALCM no incluye en la regulación del contrato de comisión el contenido de los actuales arts. 274<sup>63</sup> y 275<sup>64</sup> del Cco. Como se sabe, estos artículos disciplinan algunos aspectos relativos al comisionista de transporte o de expedición. También al comisionista de transporte se referían los arts. 378 y 379 del Cco –dentro de la regulación relativa al contrato de transporte terrestre-, derogados por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías. Todos estos preceptos dedicados de alguna forma al comisionista de transporte fueron objeto de muy diversas interpretaciones doctrinales que, en resumen, se podrían dividir en dos grandes grupos, si bien dentro de cada uno –principalmente el primero- se apreciaban incluso distintas variaciones<sup>65</sup>. Por una parte, se podía distinguir una tendencia “clásica”, según la cual todos los anteriormente mencionados preceptos del Cco regulaban una misma figura, el comisionista de transporte, concebido como un comisionista de garantía, que se subroga en la posición jurídica del porteador y deberá responder como tal. No obstante, en esta posición existen algunas variaciones, como la que estima que los arts. 274 y 275 del Cco se refieren a un comisionista ordinario y los arts. 378 y 379 del Cco a un comisionista de garantía. La otra posición doctrinal “más moderna” es la que considera que los arts. 274 y 275 del Cco aluden al simple comisionista de expedición, mientras que los arts. 378 y 379 del Cco regulaban el verdadero comisionista de

---

...”, *op. cit.*, pp. 687-689; ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, pp. 116-117; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, pp. 3532-3534.

<sup>63</sup> La redacción del artículo es la siguiente:

“El comisionista encargado de una expedición de efectos, que tuviere orden para asegurarlos, será responsable, si no lo hiciere, de los daños que a éstos sobrevengan, siempre que estuviere hecha la provisión de fondos necesaria para pagar el premio del seguro, o se hubiere obligado a anticiparlos y dejare de dar aviso inmediato, al comitente, de la imposibilidad de contratarle.

Si el asegurador fuera declarado en concurso, el comisionista tendrá la obligación de concertar un nuevo contrato de seguro, salvo que el comitente le hubiera prevenido de otra cosa”.

<sup>64</sup> Este precepto dispone lo que sigue:

“El comisionista que en concepto de tal hubiere de remitir efectos a otro punto, deberá contratar el transporte cumpliendo las obligaciones que se imponen al cargador en las conducciones terrestres y marítimas.

Si contratase en nombre propio el transporte, aunque lo haga por cuenta ajena, quedará sujeto para con el porteador a todas las obligaciones que se imponen a los cargadores en las conducciones terrestres y marítimas”.

<sup>65</sup> Vid. para una exposición más amplia de todas estas posiciones doctrinales, TOBÍO RIVAS, *Los transitarios ...*, *op. cit.*, pp. 37 y ss.



transporte, que no sería un comisionista de garantía, sino un auténtico porteador contractual –y no efectivo– que se obligaría a obtener el resultado de trasladar efectos por medio de otro u otros.

Sea como fuere, una vez derogados los arts. 378 y 379 del Cco, y eliminado de la regulación del contrato de comisión del ALCM el contenido de los arts. 274 y 275 del Cco, lo cierto es que en el Código Mercantil ya no habría ninguna regulación o referencia específica al comisionista de transporte. La única regulación de carácter general existente en nuestro ordenamiento jurídico, dedicada a los intermediarios o colaboradores del transporte de mercancías<sup>66</sup>, principalmente agencias de transporte y transitarios, se ubicaría en el seno de la normativa de ordenación de los transportes terrestres, de manera especial la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (arts. 119 y ss.), y el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre (arts. 159 y ss.). Sin embargo, esta normativa en esta materia es incompleta, insuficiente e incluso confusa, puesto que, por ejemplo, no queda clara en la actualidad la responsabilidad que asumen los intermediarios del transporte de mercancías, sobre todo tras la última reforma de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, operada por la Ley 9/2013, de 4 de julio<sup>67</sup>.

La situación reviste particular importancia porque, como ya se ha indicado, al comisionista de transporte o a los intermediarios del transporte en general se les ha venido imponiendo una responsabilidad agravada, teniendo que responder como porteador ante su comitente-cargador y como cargador ante su comitente-porteador. En la actualidad, con la normativa de ordenación de los transportes terrestres, tal responsabilidad no resulta evidente. En cualquier caso, en lo no previsto de forma especial para el comisionista o intermediario del transporte, habrá de considerarse aplicable la regulación dedicada al contrato de comisión, la del actual Cco y, en su momento, en caso de ser aprobado, la prevista en el futuro Código Mercantil.

No obstante, desde aquí quisiéramos manifestarnos por la necesidad de regular adecuadamente el régimen jurídico del contrato celebrado con los llamados intermediarios o colaboradores del transporte, particularmente desde la vertiente jurídico-privada, sobre todo habida cuenta de la especial responsabilidad que se les ha venido imponiendo y que estimamos que debe estar claramente determinada, sin que quepa lugar a ningún tipo de incertidumbre o confusión, en aras del principio de seguridad jurídica.

---

<sup>66</sup> Excluyendo la recién aprobada Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (BOE nº 180, de 25-7-2014), que dedica el Título V (arts. 314 a 338) a regular los contratos auxiliares de la navegación.

<sup>67</sup> Vid. con más detalle TOBÍO RIVAS, A. M<sup>a</sup>, “La incidencia del proyecto de modificación de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en la regulación de los intermediarios de los transportes de mercancías”, en VV. AA., *Estudios de Derecho Mercantil. Liber Amicorum Profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, CUÑAT EDO, V., MASSAGUER, J., ALONSO ESPINOSA, F. J. y GALLEGU SÁNCHEZ, E., (dirs.), PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>. V. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1267-1285.

## 9. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE COMISIÓN: CAUSAS ESPECÍFICAS

El contrato de comisión se extinguirá por las causas ordinarias de extinción de las obligaciones y los contratos, pero, además, el ALCM regula algunas causas específicas de este tipo contractual, en las que se deja vislumbrar el carácter de mutua confianza (*intuitu personae*) que lo caracteriza.

Las causas específicas que disciplina el ALCM son: la revocación del encargo por el comitente, la renuncia del comisionista y la muerte o inhabilitación del comitente o del comisionista. En este apartado la regulación del ALCM es más precisa que la que se prevé actualmente en el Cco, si bien, como tendremos ocasión de poner de manifiesto, estimamos que, respecto de algunas cuestiones, debería ser más completa.

Como ya se ha apuntado, por tratarse de un contrato de confianza, se permite que el comitente pueda revocar libremente la comisión en cualquier estado del negocio y compeler al comisionista a la devolución de la documentación acreditativa de la comisión<sup>68</sup>. Y ello sin tener que indemnizarle por esa resolución del contrato. No obstante, el ALCM requiere que esa revocación se haga cumpliendo determinadas condiciones que van a originar ciertos efectos.

Como requisito fundamental, para que produzca efecto la revocación del comitente, se exige que se ponga en conocimiento del comisionista. Este requisito es importante, pues hasta entonces el art. 541-14, apartado 2, del ALCM declara que “los actos y contratos ejecutados por el comisionista serán válidos y eficaces, y el comitente quedará, por tanto, obligado a las resultas de las gestiones realizadas hasta ese momento, así como al pago de la comisión devengada y al reembolso de los gastos en que aquél hubiera incurrido”. Como se puede comprobar, los efectos de la notificación o de la falta de notificación de la revocación al comisionista son descritos de forma precisa y minuciosa, a diferencia del actual art. 279 Cco, que indica simplemente que el comitente quedará siempre “obligado a las resultas de las gestiones practicadas antes de haberle hecho saber la revocación”.

Sin embargo, en la regulación de la revocación en el ALCM se echa en falta una referencia a los efectos que produce, no sólo ante el comisionista, sino también ante los terceros. Por ello, tal vez hubiera sido conveniente haber regulado la forma de comunicación o publicidad de la revocación para que ésta pueda vincular también a estos últimos.

Como novedad en este apartado de causas específicas de extinción de la comisión, el ALCM regula expresamente la renuncia del comisionista –a similitud de lo que establece el art. 1.732, 2 del Cc en la regulación del contrato de mandato-, que no se prevé en el vigente Cco, y que consideramos conveniente y acertado, puesto que se había llegado a proclamar que, al contrario que el comitente, el comisionista no podía renunciar libremente a la comisión una vez aceptada<sup>69</sup>. Lo cual no era del todo correcto, puesto que en realidad lo que esa afirmación venía a significar era que la renuncia del comisionista podía dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios que hubiese

---

<sup>68</sup> Art. 541-14, ap. 1, del ALCM.

<sup>69</sup> ANGULO, “El contrato ...”, *op. cit.*, p. 118; VALPUESTA GASTAMINZA, “Contratos ...”, *op. cit.*, p. 690; BUSTO LAGO, “Contratos de prestación ...”, *op. cit.*, p. 3540.

podido ocasionar al comitente, en tanto que la revocación de este último no originaría, como regla general, tal indemnización. Precisamente en estos términos se viene a pronunciar ahora el ALCM.

El art. 541-15, apartado 1, del ALCM declara, como regla de principio, que el comisionista podrá renunciar libremente a la realización de la comisión recibida. Eso sí, tal renuncia se somete a determinados requisitos previstos en el apartado 2 del mencionado precepto, ya que deberá ponerse en conocimiento del comitente para que produzca efectos. Sin embargo, a pesar de dicha notificación, se dispone que el comisionista deberá continuar la gestión de la actividad encomendada hasta la terminación de los negocios o contratos en curso, salvo que recibiera instrucción del comitente en otro sentido. Y, por último, en el apartado 3 de dicho artículo se establece con carácter general la responsabilidad del comisionista por los daños y perjuicios que sufra el comitente a consecuencia de la renuncia, salvo que medie causa justificada.

Por último, el art. 541-16 del ALCM mantiene como causa de extinción del contrato de comisión la muerte o inhabilitación del comisionista pero no del comitente, si bien en este último caso sus causahabientes o representantes podrán resolverlo<sup>70</sup>.

## 10. CONCLUSIONES

La importancia que reviste el contrato de comisión en el desarrollo de la actividad económica, como prototipo de los contratos de colaboración empresarial, exige que esté dotado de un adecuado régimen jurídico. La regulación prevista para dicho contrato en el ALCM presenta importantes novedades, algunas de ellas ampliamente demandadas por la doctrina, aunque mantiene sus líneas esenciales. Se trata de una regulación más moderna, simplificada y clarificadora, que introduce una mejor y más depurada técnica jurídica. No obstante, también se comprueba la existencia de algunas deficiencias y carencias en su régimen jurídico que se exponen a lo largo del trabajo.

El contrato de comisión se encuadra sistemáticamente en el ALCM dentro de la nueva categoría de los contratos de colaboración, que tienen como elemento común la gestión de negocios e intereses ajenos. El contrato de comisión se concibe en el ALCM con un carácter muy general, puesto que puede tener como objeto cualquier clase de operación o negocio mercantil, aunque en ocasiones se aprecian todavía ciertas reminiscencias relativas a la comisión de compra o venta, que deberían ser eliminadas.

El ALCM ha tratado de mejorar el concepto de contrato de comisión, pero lo cierto es que presenta cierta confusión por la remisión que hace al art. 001-2 del mismo cuerpo legal, al referirse a las actividades que pueden ser objeto del contrato. Por otra parte, se configura de una manera muy amplia al comisionista, puesto que no sólo puede tratarse de un profesional de la colaboración, sino también de un empresario que realiza actividades de la misma clase que el encargo recibido, aunque no se dedique profesionalmente a colaborar con otros empresarios. Respecto del comitente, aunque

---

<sup>70</sup> Este precepto del ALCM es muy similar al actual art. 280 del Cco, aunque redactado con una mejor técnica jurídica.

nada se dice expresamente, habrá que entender que será un operador económico, concebido de la forma que se indica en el art. 001-2 del ALCM.

En la regulación de los modos de actuación del comisionista se sigue manteniendo la contratación en nombre propio o en nombre del comitente, pero ahora se destaca de forma expresa que en cualquiera de los dos casos siempre lo hará por cuenta del comitente. Consideramos positiva la referencia a la actuación por cuenta ajena, pues es una de las características típicas del contrato de comisión y de otros contratos de colaboración empresarial. Por otra parte, cabe subrayar como una importante novedad que en el supuesto de actuación del comisionista en nombre propio se establece la posibilidad de que el tercero que ha contratado con el comisionista pueda dirigirse tanto contra este último como contra el comitente.

En el ALCM la regulación de la posición jurídica del comisionista se ha simplificado respecto de lo que se prevé en el vigente Cco, por lo que habrá que tener presente las disposiciones del contrato de carácter más general. El ALCM sigue manteniendo la prohibición de la delegación o sustitución salvo autorización del comitente, lo que puede resultar criticable. Asimismo, se echa en falta una regulación de la subcomisión. El ALCM, por una parte, clarifica y simplifica el régimen de los privilegios del comisionista y, por otra, reduce también la clase y número de ellos, puesto que deja subsistente el derecho de retención pero no regula el derecho de preferencia, por lo que habrá que considerarlo eliminado.

El ALCM concibe el contrato de comisión como un contrato oneroso en todo caso, puesto que se establece la obligación del comitente de abonar al comisionista el precio de la comisión, sin que se prevea la posibilidad de que se pacte la gratuidad del contrato. Sobre este aspecto cabe señalar que la regulación de la obligación de pago de la retribución o comisión es insuficiente e incompleta ya que, por ejemplo, estimamos que debería haberse regulado el momento del devengo de la comisión, como norma supletoria en caso de que las partes no estableciesen nada al respecto en el contrato.

Como una importante novedad el ALCM incluye una regulación de la autoentrada del comisionista, que consideramos muy positiva. Se admite la posibilidad de que el comisionista puede intervenir como contraparte en la ejecución del encargo en tres casos determinados, que se conciben con gran amplitud. Además, se acoge la autoentrada del comisionista con carácter general en la ejecución de cualquier tipo de operación mercantil objeto de la comisión, y no sólo cuando se trata de una comisión de venta o de compra. Lo que resulta criticable es que en la regulación de la autoentrada no se haga ninguna referencia al derecho que tiene el comisionista, en ese caso, a cobrar la retribución por la ejecución de la comisión.

También en relación con las aplicaciones de comisiones cruzadas el ALCM cambia de perspectiva respecto de la actual regulación de la comisión en el Cco, puesto que adopta, como regla general, la admisión de las aplicaciones de mandatos de distintos comitentes, salvo prohibición expresa del comitente. Sin embargo esta admisión tiene carácter parcial, puesto que se limita únicamente a la posibilidad de aplicar mandatos de compra y venta cruzados. Esta limitación resulta altamente criticable, puesto que consideramos que se debería establecer en general la posibilidad



de aplicar mandatos de distintos comitentes cualquiera que fuera el negocio u operación objeto de la comisión.

El ALCM mejora la regulación de la comisión de garantía, ya que, entre otros aspectos, la reconoce con carácter general, y no únicamente en relación con la comisión de venta. No obstante estimamos que esa regulación es demasiado escueta e insuficiente y debería haber aclarado determinados aspectos de este tipo de comisión, sobre todo para el caso en que nada se prevea en el contrato.

La falta de referencia a la comisión de transporte en la regulación específica de la comisión, así como en el resto del articulado del ALCM, deja a este tipo de comisión, de gran importancia en la actividad económica, en una situación de incertidumbre jurídica, que no queda subsanada por la insuficiente y confusa regulación que figura en la normativa de ordenación de los transportes terrestres, y que se acrecienta por el hecho de que a ese tipo de comisionistas se les ha venido imponiendo una responsabilidad agravada que en la actualidad no está claramente determinada.

Las causas específicas de extinción de la comisión se disciplinan de una forma más precisa, aunque respecto de algunas cuestiones la regulación debería ser más completa. Como novedad en este apartado, que consideramos conveniente y acertada, el ALCM prevé la renuncia del comisionista.

En definitiva, el ALCM mejora y clarifica de una manera significativa el régimen jurídico del contrato de comisión, incorporando incluso importantes novedades que son muy bien recibidas. Sin embargo todavía se evidencian algunas deficiencias y carencias que sería conveniente corregir.